

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La pathologie législative, le justiciable, l'avocat

Fierens, Jacques

Published in:

La pathologie législative, comment en sortir ?

Publication date:

1999

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Fierens, J 1999, La pathologie législative, le justiciable, l'avocat. Dans *La pathologie législative, comment en sortir ?*. Droit en mouvement, La Chartre, Bruxelles, p. 13-22.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

CHAPITRE 2

LA PATHOLOGIE LEGISLATIVE, LE JUSTICIABLE, L'AVOCAT

par Jacques FIERENS,
Chargé de cours aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix
de Namur et à l'Université de Liège,
Avocat

1. C'était une fin de journée d'hiver, au cabinet d'avocats, quand les soirées sont interminables et oppressantes. J'espérais terminer enfin ma journée, mais j'entendais dans la salle d'attente un bruissement impatient qui indiquait qu'il y avait encore du monde. Ouvrant la porte, je découvre dix personnes. Elles étaient venues en bande et cherchaient, me disent-elles, de bonnes lois. A ma question de savoir ce qu'est une bonne loi, la première me demande une loi accessible, la deuxième une loi rationnelle, ensuite une loi compréhensible, puis une loi précise, nécessaire, unique, appliquée, sacrée, éternelle, et enfin une loi juste.

Mon premier sentiment ne fut pas celui de l'impuissance, contrairement à ce qu'on pourrait imaginer. Au contraire, ce fut celui du pouvoir. Je sentais bien que mes visiteurs s'adressaient à moi comme à un sorcier de la loi. Plus ils avaient besoin de lois, plus ils éprouvaient de difficultés à trouver celles qu'ils cherchaient et à les comprendre, plus ma puissance augmentait. Le pouvoir du sorcier s'accroît d'autant que sa science est plus ésotérique. J'avais d'ailleurs bien conscience de partager ce pouvoir avec d'autres, notamment avec les juges qui transforment les lois en réalité plus ou moins agréable ou douloureuse.

Ma deuxième impression, face à ces demandes apparemment multiples, fut qu'elles étaient étroitement liées. Satisfaire une demande pouvait conduire à aussitôt en satisfaire une autre. Une loi accessible risquait d'être simple; une loi simple risquait d'être praticable, stable, juste. Tous ces caractères sont liés: le renforcement d'un d'entre eux renforce tous les autres, et inversement.

I. Accessible ?

2. Il y a belle lurette que la loi n'est pas accessible à ses principaux destinataires. On étudie très peu le droit à l'école, alors qu'on y étudie toutes sortes d'autres choses intéressantes. J'ai terminé mes études secondaires en ayant fait de la chimie, de la musique et de la gymnastique, mais sans avoir eu un seul cours de droit.

Souvent les gens fonctionnent à partir d'une loi imaginée, un mirage de loi; le nombre de personnes de tous milieux qui croient que l'époux qui quitte le premier la résidence conjugale perdra son divorce est proprement renversant.

Il y a aussi l'analphabétisme fonctionnel: une partie très considérable de la population est incapable de comprendre un texte qu'elle sait pourtant lire. Dans un régime de droit où la prédominance de la loi écrite ne se discute plus, et où la formulation du texte est médiocre, le constat pose à nouveau la question du pouvoir de quelques-uns sur tous les autres.

Je reviens d'un voyage dans un pays d'Afrique où les fonctionnaires refusent par exemple de donner copie des arrêtés qu'ils appliquent, par ailleurs très malaisément disponibles, parce qu'ils savent bien qu'ils perdraient une part de leur pouvoir.

Les avocats, pour conserver le leur, disposent de moyens plus perfectionnés: les codes demeurent des outils indispensables. Ils augmentent en volume, et les mises à jour deviennent une sorte de course contre la montre. Les ouvrages à feuillets mobiles se multiplient. Encore que les avocats apportent peu leurs codes au palais, et que certains ne les consultent pas souvent dans leur cabinet, fonctionnant sur un savoir qu'ils croient acquis à tort ou à raison. Devant les tribunaux du fond de l'ordre judiciaire, l'argumentation est somme toute souvent peu juridique.

Viennent ensuite évidemment les banques de données informatiques. Jusqu'il y a peu, on mentionnait surtout Justel, Judit ou RAJBi, mais aujourd'hui le courrier publicitaire en propose toujours plus, et nous finirons quand même tous sur Internet, où la qualité de l'information est moins bien garantie que dans les revues encadrées par un comité de rédaction ou un comité scientifique sérieux. L'ordinateur influence la manière d'accéder à la loi. Des avocats, surtout jeunes, font comme les étudiants: ils se précipitent sur les banques de données avant de consulter une source plus générale et panoramique, ce qui donne une approche très pointilliste, sans vue synthétique de la matière.

II. Rationnelle ?

3. Depuis la Révolution française en tout cas, la loi se pose comme l'incarnation de la raison¹. Cette caractéristique serait liée à son fondement dans la volonté générale. On sait qu'aux yeux de Rousseau, la volonté générale ne peut faillir². Mais est-ce vraiment la volonté générale qui fait les lois ? Est-ce encore le législateur qui fait les lois ? La norme est souvent rédigée dans un cabinet ministériel, puis interprétée par la jurisprudence, quand ce n'est pas par circulaire ministérielle.

On se demande parfois si certaines lois ne sont pas écrites par les Bandar-log, les singes du *Livre de la Jungle*. Dans cette œuvre où s'insère toute une mystique de la loi, Kipling écrit notamment "*La Loi de la Jungle n'ordonne rien sans raison*"³. Le peuple des Bandar-log, que nul n'a le droit de fréquenter, est un peuple sans loi. "*Ils n'ont pas de langage à eux, mais se servent de mots volés, entendus par hasard lorsqu'ils nous écoutent et nous épiant*"⁴. La loi alors n'est plus rationnelle, elle n'est qu'un écho de mots empruntés ailleurs.

1 Cf. Fr. Ost et M. van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 493.

2 "Il s'ensuit de ce qui précède que la volonté générale est toujours droite" *Du contrat social*, Paris, éd. NRF-Gallimard [coll. La Pléiade], 1964, p. 371.

3 R. Kipling, *Le Livre de la Jungle*, tr. fr. L. Fabulet et R. d'Humières, Paris, Mercure de France [coll. Folio, n° 263], 1899, p. 12.

4 P. 44.

III. Compréhensible ?

4. "Compréhensible" peut ressembler à "rationnelle", mais avec la pédagogie en plus. Une loi compréhensible est une loi dont la rationalité est accessible à l'ensemble de ses destinataires, notamment quant à son but. Cela veut donc dire aussi convaincante. Retour aux Grecs, ou en tout cas à Platon, pour qui la soumission aux lois doit être volontaire⁵.

La tâche de l'avocat est ici éminente: il est mieux placé que le juge pour expliquer la loi, surtout si la solution légale est défavorable à celui qui le consulte. Dans notre système juridique, le juge est là pour trancher et non pour renouer le lien social, comme dans d'autres traditions. Cette tâche sera d'autant plus rude que la rationalité de la loi est peu apparente, et impossible quand elle n'est pas rationnelle, ce qui arrive; la loi est alors pur argument d'autorité et son absence de raison contribue à la dévaloriser.

IV. Précise ?

5. L'un de mes clients me réclamait une loi précise. Avait-il raison ? Je me le demande.

Les lois les plus fondamentales, comme la constitution où les textes consacrant les droits de l'homme, font fréquemment appel à des concepts à contenu variable: égalité, discrimination, proportionnalité, intérêt de l'enfant, délai raisonnable, ordre public... C'est en tout cas une manière de transférer le pouvoir législatif du côté des juges. Chaque juge lit dans la loi ses propres valeurs, et celui qui a raison est celui qui est le plus haut placé dans la hiérarchie, donc surtout les cours internationales, la Cour d'arbitrage, la Cour de cassation, le Conseil d'Etat.

Dans la *Rhétorique*⁶ Aristote propose deux raisons de confectionner des lois écrites, et de préférer leurs solutions au simplement "juste":

- la première est que dans une Cité on trouvera plus facilement quelques législateurs prudents, avertis et sages, qu'une multiplicité de juges pourvus des mêmes qualités;
- la seconde est qu'on doit se défier de l'impartialité des juges, dont le jugement risque d'être déformé par la sympathie ou la crainte. Le législateur est relativement à l'abri de ces déviations. "*La loi est l'intelligence sans passion*"⁷.

5 Cf. *Criton*, 51, d-e.

6 I, 1.

7 *Politique*, III, 11, 1287.

V. Nécessaire ?

6. La nécessité d'une loi est en lien notamment avec sa rationalité. Une loi est nécessaire si elle est utile. St Augustin pensait même qu'une loi injuste devait être respectée si elle était utile⁸.

Nous avons peut-être des lois inutiles.

Une idée serait d'inclure dans la loi elle-même une procédure d'évaluation. On l'a bien fait pour le traité de Maastricht (art. N, § 2).

VI. Unique ?

7. Cambacérès: *"Peu de lois suffisent à des hommes honnêtes; il n'en est jamais assez pour les méchants; et lorsque la science des lois devient un dédale où le plus habile se perd, le méchant triomphe avec les armes mêmes de la justice"*.

Les lois prolifèrent. Nul n'est censé les connaître toutes. Sommes-nous devenus méchants ? Sans doute pas plus qu'avant. Nous appartenons plutôt à des Etats qui sont bien moins libéraux qu'à la Révolution française, et en tout cas bien moins qu'ils le disent.

Surtout, on peut avoir le sentiment que la loi perd de sa généralité, et qu'on tend à prendre une loi particulière pour chaque cas particulier. Voyez ainsi la législation en matière de sécurité sociale. C'est une forme moderne de nominalisme, où seules existent les singularités, et où les classifications, d'exceptions en exceptions, se subdivisent à l'infini, jusqu'à régir les individus les plus singuliers.

VII. Appliquée ?

8. Une loi, pour être appliquée, doit être contrôlable et contrôlée (vieux accents kantien), sinon elle fantasma. Un exemple tragique à cet égard est constitué par le droit international humanitaire, violé par tous les Etats et pas seulement par les Etats totalitaires, ou par les droits fondamentaux de type droits-créances, ou encore par une loi qui dit par exemple que les immeubles abandonnés doivent être réquisitionnés

8 Cf. M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchrestien, 1975, p. 83.

9 A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1836, t. I, p. 2.

au profit des sans-abri. A défaut de tribunaux compétents pour exercer un contrôle, ou parfois à défaut d'arrêtés d'application, ou parfois à défaut de crédits suffisants, la loi fait semblant, et ce n'est que bavardage de Bandar-log.

Les avocats ont sans doute à l'égard de la mise en œuvre du contrôle une responsabilité particulière, si du moins un tribunal existe. Que de règles pourraient être invoquées, mais ne le sont pas par les plaideurs parce que l'analyse juridique est incomplète.

VIII. Sacrée ?

9. Pour les Grecs, les lois sont une imitation, qui doit être la plus parfaite possible, du gouvernement divin. Sous le régime de chrétienté, la loi parfaite était celle de Dieu, et la loi humaine devait en approcher. A l'époque de la sécularisation de notre droit, les attributs du divin ont été transférés sur la loi elle-même. La phraséologie de la Révolution française n'est pas avare du mot "sacré".

Or, la loi n'est plus sacrée. Citons MM. Ost et van de Kerchove: *"Si la loi, aujourd'hui, n'est pas encore défunte, on peut dire que la foi religieuse dont elle faisait l'objet est bien morte et on peut s'en réjouir, dans la mesure où cette vénération aveugle a pu légitimer historiquement bien des aliénations et fonder aussi bien des dogmatismes. Rendons à Dieu ce qui appartient à Dieu et ne pleurons pas sur la disparition des idoles. Cependant, de même que les rites peuvent survivre pendant un certain temps au déclin de la foi, le rituel législatif se poursuit dans une indifférence de plus en plus grande et dans des assemblées de plus en plus vides, tant il paraît évident que l'ordre normatif qui nous régit aujourd'hui se construit ailleurs"*¹⁰.

IX. Juste ?

10. Peut-être m'éloignai-je du sujet. Peut-être une loi injuste n'est-elle pas pathologique.

J'ai rencontré des juristes positivistes, mais je n'ai jamais rencontré de client positiviste. Il y a bien sûr des clients cyniques, que la loi arrange bien, et qui en profitent, mais ils ont toujours un rapport au juste. Qui croit, quand il est concerné, qu'il est indifférent qu'une loi soit juste ou non ?

Les clients pensent-ils que le droit est constitué par les lois ? Pas toujours, et ils rejoignent là de grands penseurs du droit.

10 *Jalons pour une théorie critique du droit*, cité, p. 509.

X. Eternelle ?

11. Si elle est rationnelle, si elle est juste, la loi doit être éternelle. Or, nous savons qu'elle n'est pas toujours rationnelle, ni juste. Donc la loi change et pourquoi pas ? Mais la rapidité du changement en fait parfois une loi évanescence, qui mine la confiance du justiciable.

XI. L'exemple de l'"ordre de quitter le pays définitif"

12. L'article 57, § 2 de la loi organique des centres publics d'aide sociale, qui concerne les missions des C.P.A.S., a été modifié par la loi du 30 décembre 1992 portant des dispositions sociales et diverses ¹¹.

Elle vise l'aide sociale accordée aux candidats réfugiés et aux personnes en séjour illégal et dispose:

"Le centre accorde uniquement l'aide strictement nécessaire pour permettre de quitter le pays (...) à l'étranger qui séjourne illégalement dans le Royaume et auquel un ordre définitif de quitter le pays a été signifié (...). L'aide sociale prend fin à dater de l'exécution de l'ordre de quitter le territoire, et, au plus tard, au jour de l'expiration du délai de l'ordre définitif de quitter le territoire".

Prendre connaissance de cette loi n'est sans doute pas un problème majeur, notamment parce qu'elle est vitale pour certains, et qu'elle présente des accents répressifs. On connaît souvent mieux les lois répressives. Mais pour en comprendre la portée, il faudra sûrement l'aide d'un juriste, pour les raisons qu'on va voir.

Mais d'abord, cette loi est-elle rationnelle ? La Cour d'arbitrage a dit que oui, puisqu'elle a décidé qu'elle n'était pas déraisonnable dans un arrêt n° 51/94 du 29 juin 1994, qui posait la question de sa compatibilité avec l'égalité devant la loi et l'interdiction de la discrimination. Donc elle est rationnelle, et donc elle est juste, puisque la Cour d'arbitrage l'a dit.

Il semble aussi qu'elle était utile, puisque, toujours selon la Cour d'arbitrage, elle permettait d'atteindre l'objectif poursuivi, c'est-à-dire "inciter l'intéressé à obéir à l'ordre reçu".

La loi était-elle compréhensible ? Non; c'était une loi mal rédigée, peut-être dans un cabinet ministériel, qui a donné lieu à des jurisprudences parfaitement

11 M.B., 9 janvier 1993.

contradictoires ¹². La controverse sur l'interprétation du texte s'est chargée d'accents d'autant plus dramatiques que la matière touchait à la dignité humaine (voy. l'art. 1er de la loi du 8 juillet 1976). Ce n'est pas le législateur qui a rédigé le texte et ce n'est pas lui qui en a défini la portée. Le problème venait de l'emploi, par deux fois, de l'expression "ordre *définitif* de quitter le territoire". Le mot *définitif* semble être emprunté au Code judiciaire pour être plaqué sur une notion de droit administratif. Le Conseil d'Etat, dans son avis, avait invité à préciser la notion, mais il n'en a pas été tenu compte.

Définitif signifie-t-il exécutoire ? Non susceptible de recours ? Irrévocable ? Les travaux préparatoires ne disent rien. Le Ministre a émis une circulaire le 27 avril 1993, qui dit autre chose que le mémoire déposé devant la Cour d'arbitrage par le Conseil des Ministres, et autre chose encore qu'une deuxième circulaire émise le 1er février 1995. Les juridictions du fond statuèrent en sens contradictoire. Certaines soulevèrent une contrariété avec l'article 2, § 5 de la loi du 2 avril 1965 relative à la prise en charge des secours accordés par les C.P.A.S.

La Cour de cassation trancha par trois fois dans l'intervalle de quelques semaines: le 4 septembre 1995, le 13 novembre 1995, le 4 décembre 1995 ¹³. Elle dit qu'un ordre définitif de quitter le territoire est celui qui ne peut plus faire l'objet d'un recours à effet suspensif devant une autorité administrative ou devant le Conseil d'Etat. Le caractère restrictif de la dignité humaine des étrangers en séjour illégal fut clairement affirmé.

C'est, ici, la Cour de cassation qui a légiféré. Sous couvert d'interprétation, elle donne le sens de la norme, sens qui était purement et simplement manquant. Est-ce normal ? Quel a été le rôle du législateur, en fin de compte ? Négligeable, si ce n'est qu'il a alimenté des controverses dramatiques pendant trois ans.

Mais les juridictions du fond ont résisté à la Cour de cassation: Tribunal du travail de Bruxelles, Cour du travail de Bruxelles, Cour du travail de Liège, Cour du travail d'Anvers qui va jusqu'à faire explicitement grief au premier juge d'avoir suivi l'enseignement de la Cour de cassation.

Cette loi de Bandar-log a été modifiée le 15 juillet 1996 par la loi dite Vande Lanotte, qui a remplacé le mot "définitif" par "exécutoire". Exit la loi obscure, la loi éphémère ¹⁴⁻¹⁵.

12 Pour une synthèse des difficultés d'interprétation de cette loi et la jurisprudence à laquelle il est fait allusion, cf. M.-Cl. Foblets et F. Bernard, "L'aide sociale aux étrangers en séjour illégal: la saga de l'ordre "définitif" de quitter le territoire de l'article 57, § 2 de la loi organique des centres publics d'aide sociale du 8 juillet 1976", *Recente arresten van het hof van cassatie*, 1996, p. 289.

13 *Ibidem*, p. 297 et s.

14 On notera que malgré cette modification, la controverse existant autour de l'article 57, § 2 est loin d'être éteinte. Voy. à cet égard le jugement particulièrement bien motivé du Tribunal du travail de Bruxelles du 24 septembre 1997, *R.D.E.*, 1997, p. 388.

15 Le lecteur notera que la présente communication a été rédigée avant l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 22 avril 1998 annulant le terme "exécutoire" dans les alinéas 3 et 4 de l'article 57, § 2 de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale.

XII. Conclusion

13. Que peuvent faire les avocats face à la pathologie législative ?

Ils peuvent indirectement indiquer les problèmes qui se posent et proposer aux juges des interprétations. Mais en tant que tels, les avocats n'ont pas de conversation avec le législateur. Un article de doctrine a beaucoup plus de poids.

Les avocats peuvent aussi tenter de réconcilier leur client avec la loi ésotérique, mais l'air du temps n'est pas à la confiance dans les lois.

Ils peuvent aussi utiliser la pathologie législative pour tenter de servir l'intérêt de leur client, et renforcer leur propre pouvoir. Est-ce souhaitable ?